

L'opportunité de l'insertion de clauses constitutionnelles transversales : le cas de la dérogation aux droits et libertés
Sébastien Van Drooghenbroeck

En 1884, le Procureur général Charles Faider affirmait que la Belgique peut s'enorgueillir d'avoir la constitution « la plus complète du monde en libertés garanties, la plus féconde du monde en résultats moraux et positifs ». Cet « dikkenekisme » constitutionnel se poursuit jusqu'à la moitié du 20^{ème} siècle. Les travaux préparatoires de la loi portant assentiment à la CEDH en portent encore les traces. Ainsi peut-on pointer cette intervention d'un sénateur CVP : « Wij Belgen, kunnen met rechtmatige trots getuigen, dat de fundamentele rechten en vrijheden, die in deze Europese Keure opgesomd worden, en zelfs nog andere, gedurende meer dan een eeuw in ons land plechtig worden erkend, en in de praktijk ook volledig werden geoefend. Zoals in het advies van de Raad van State zeer terecht wordt gezegd, zijn al deze rechten ofwel in onze Grondwet vastgesteld, ofwel werd de uitoefening ervan beveiligd door wetteksten, die meerdere decennia oud zijn en die integrend deel geworden zijn van ons rechtspatrimonium. Wij hoeven derhalve geen het minste gewetensonderzoek te doen alvorens met gerust gemoed tot de goedstemming van deze keure over te gaan ».

Il ne se trouvera plus personne, aujourd'hui, pour célébrer pareillement le catalogue belge des droits et libertés. De longue date, on en déplore le caractère lacunaire et dépassé. Le décalage entre le droit constitutionnel écrit et le droit constitutionnel interprété – par la Cour constitutionnelle, par le Conseil d'état et par la Cour de cassation – va grandissant, et la nécessité d'une modernisation fait très largement consensus.

Ce travail porte sur la panoplie proprement dite des droits, mais aussi sur le traitement des questions juridiques qu'occasionne leur mise en œuvre : Quelles obligations positives et négatives ces droits et libertés imposent-ils et à qui? Quelles sont les autorités à la manoeuvre pour la mise en œuvre de tel droit ou liberté? Comment les interpréter en lien avec leurs homologues prévus par les traités européens et internationaux? Sont-ils susceptibles de limitations et, si oui, à quelles conditions? Des déchéances de droits sont-elles possibles? Toutes ces questions sont communes aux droits fondamentaux.

On peut y répondre méthodologiquement de deux manières différentes. Une première forme de réponse se fait par l'inclusion dans la Constitution de clauses générales établissant un régime juridique à propos des dispositions concernées et des restrictions éventuelles. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a fait appel à ce modèle dit des « clauses transversales ». Une autre technique consiste en l'insertion dans le catalogue des droits et libertés de

dispositions spécifiques, applicables à tels ou tels droits. C'est le modèle auquel répond la Convention européenne des droits de l'homme. La Constitution belge ne répond à aucun de ces deux modèles actuellement.

C'est le modèle des clauses transversales qui avait été privilégié dans le cadre de travaux de réflexions sur la modernisation de la Constitution menés à la Chambre des représentants entre 2004 et 2007. 6 clauses ont été envisagées : — la restriction aux droits et libertés; — l'interdiction de l'abus de droit; — les dérogations aux droits et libertés en cas d'états exceptions — l'interprétation conforme aux instruments internationaux; — la garantie des droits fondamentaux; — la répartition des compétence en matière de garantie des droits.

Les travaux menés à l'époque n'ont débouché sur rien, dans un premier temps. Ils ont cependant été ressuscités par un groupe de constitutionnalistes début 2019, dans le cadre de la préparation de la déclaration révision de la Constitution. Cette résurrection trouva écho jusqu'au Parlement. Les déclarations de révision de la Constitution adoptées par la Chambre et le Sénat en 2019 permettaient un grand chantier constitutionnel, tant pour ce qui concerne la modernisation du catalogue, que pour l'adjonction de clauses transversales. Cependant, la liste du Roi et du gouvernement a été nettement plus modeste. Il faudra donc reporter ce travail d'ampleur à la prochaine législature.

Il est cependant intéressant de constater que ni la déclaration du Sénat, ni la déclaration de la Chambre, contrairement aux recommandations des experts, ne reprenaient l'idée d'une clause dédiée aux états d'exceptions. C'était là la seule clause transversale qui n'avait visiblement pas convaincu. Comment expliquer cette réticence, et est-elle justifiée ? Telles seront les interrogations qui traverseront mon exposé.

Notre démonstration reposera sur la réfutation d'un triple argument. La problématique du régime d'exception serait obsolète ; la mise en place signerait un recul dans l'état de droit et la protection des libertés ; l'activation d'un régime d'exception serait inutile. Sur cette base, je conclurai.

I. La problématique de l'état d'exception/de l'état d'urgence est obsolète ?

Selon la Commission de Venise, l' « état d'urgence » désigne « l'octroi – temporaire – de pouvoirs exceptionnels à l'exécutif, assorti de règles exceptionnelles, en vue de traiter et de surmonter une situation extraordinaire qui représente une menace fondamentale pour le pays. Cette situation peut être de différentes natures : catastrophe naturelle, troubles civils, épidémie, attentats

terroristes de grande ampleur, crise économique, guerre et menaces militaires, par exemple. L'existence de l'état d'urgence repose sur une dichotomie entre la norme/normalité d'une part, l'exception d'autre part»¹. Fort proche, si pas synonyme, la notion d' « état d'exception » vise quant à elle « la situation dans laquelle se trouve un état qui, en présence d'un péril grave, ne peut assurer sa sauvegarde qu'en méconnaissant les règles légales qui régissent normalement son activité »

Dira-t-on que l'état d'urgence est une problématique d'un autre âge, qui ne concernerait que des états totalitaires ? Evidemment que non. Qu'il suffise de rappeler que, dans les annales de la Convention européenne, le *summum* de l'activation de la clause de dérogation (article 15), tant en quantité qu'en qualité, a été atteint tout récemment à la faveur de la crise COVID : au printemps 2020, dix des quarante-sept états parties à la Convention européenne des droits de l'Homme (on se situait avant le Ruxit) avaient notifié au Secrétaire général du Conseil de l'Europe une dérogation en application de l'article 15 de cette Convention.

La problématique de l'état d'urgence/de l'état d'exception n'est assurément pas obsolète.

II. La mise en place d'un régime d'exception/d'urgence est un recul dans l'état de droit et la protection des droits et libertés ?

L'article 187 de la Constitution dispose, depuis 1831, que

« La Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie »

On a récemment retraduit cette règle par l'idée que « la Belgique ne connaît pas la crise »

Cela ne veut pas dire que la Belgique serait épargnée par le mauvais temps sur le plan des faits. Cela signifie simplement qu'elle ne lui associe pas un régime juridique particulier sur le plan du droit : les mêmes règles seront censées s'appliquer dans le beau temps et dans le mauvais temps. Cela vaut pour la protection des droits et libertés, mais aussi pour l'organisation des pouvoirs et la répartition des compétences. Faut-il le rappeler : la technique des pouvoirs spéciaux est issue de la pratique et est essentiellement prétorienne. Son fondement constitutionnel « reconstruit » – l'article 105 – n'avait pas du tout été envisagé pour véhiculer ce genre de figure. Ni la Constitution, ni les lois spéciales n'envisagent par ailleurs l' « urgence » comme facteur temporaire d'ajustement

¹ Commission de Venise, « Respect de la démocratie, des droits de l'Homme et de l'état de droit en situation d'État d'urgence : réflexions », 26 mai 2020, CDL-PI(2020)005rev., p. 3, n°5.

de la distribution « normale » des compétences entre l'état, les communautés et les régions

Sur le plan théorique, c'est un choix différent de celui de la Convention européenne des droits de l'homme, dont l'article 15 permet, une dérogation aux droits et libertés – c'est-à-dire une suspension de ceux-ci, « en cas de guerre ou de danger public menaçant la vie de la nation ».

Entre le chêne et le roseau, la Constitution belge fait le choix apparent du chêne, tandis que la convention européenne des droits de l'Homme suit la stratégie du roseau.

Sur le plan théorique, il n'y a aucune difficulté dans cette différence d'approche : les constitutions nationales peuvent bien entendu être plus protectrices des droits fondamentaux que la Convention européenne des droits de l'Homme, et sont même encouragées à ce faire dans une logique de subsidiarité. C'est le sens de l'article 53 de la Convention, qui contient le principe de la « clause la plus favorable ». La Section de législation et la Section du contentieux administratif du Conseil d'état ont eu l'occasion de le souligner lors de la crise COVID : la Belgique ne saurait tirer argument du roseau conventionnel pour s'asseoir sur son chêne constitutionnel.

« Il ressort de cette disposition que si le régime de protection des droits fondamentaux en droit interne est plus favorable à celui de la Convention, c'est ce régime national qui prime. La critique des requérants est dès lors incompréhensible puisqu'elle revient à dire que la Belgique aurait dû déroger à des droits et libertés fondamentaux alors que sa Constitution ne l'y autorise pas ».

Oui mais. A y regarder de plus près, le « chêne » constitutionnel est nettement plus flexible que ce que le texte même de l'article 187 de la Constitution laisse entendre. Celui-ci a fait l'objet d'une interprétation particulièrement souple

Premièrement, l'article 187 de la Constitution a été d'emblée interprété de manière restrictive comme offrant une protection contre la *volonté* des autorités, mais pas contre la *force majeure*, c'est-à-dire des circonstances telles que la guerre, qui rendent parfois le respect de la Constitution matériellement impossible. Dans de telles circonstances, le droit d'urgence s'applique. Ainsi, pendant les deux guerres mondiales, des "Arrêtés-Lois" (Besluitwetten) ont été promulgués, respectivement, par le seul Roi et ses ministres en Conseil en 1914-1918, et par les ministres en Conseil en 1940-1944. Ils ont été assimilés à des lois formelles. Il s'agissait d'une dérogation à l'article 36 de la Constitution, qui réserve le pouvoir législatif fédéral à l'exercice conjoint du Roi, de la Chambre des représentants et

du Sénat. Or, en raison des circonstances de guerre, cet exercice conjoint était matériellement impossible. La Cour de cassation a admis la validité de ces "Arrêtés-lois" et leur assimilation à des lois formelles. Premier fléchissement, donc.

Deuxième fléchissement. Il s'avère que, en temps de guerre, la Constitution ne fut pas uniquement neutralisée par l'effet de la force majeure ainsi entendue. L'arrêté-loi du 11 octobre 1916, dont le précédent orateur vous a entretenu, autorisa de surcroît sa suspension – en ce qui concerne une série de ses dispositions relatives, entre autres, aux droits et aux libertés fondamentales – lorsque « l'état de guerre » et « l'état de siège » étaient instaurés. Dans ces circonstances, il n'y avait à proprement parler nulle impossibilité matérielle que la Constitution soit intégralement respectée. Simplement ce respect intégral était-il apparu contre-indiqué.

La constitutionnalité de cet arrêté-loi n'a, jusqu'à ce jour, jamais été contestée devant une juridiction. A l'époque où il fut adopté, nulle juridiction n'existait qui eut pu être saisie d'une telle contestation. Aujourd'hui, et si l'on part de l'idée que l'Arrêté-Loi de 1916 est une loi au sens organique, sa constitutionnalité pourrait être contestée devant la Cour constitutionnelle.

Diverses théories furent avancées pour justifier la validité des suspensions de droits et libertés qui étaient semblablement permises par l'Arrêté-Loi

Parmi les pistes explorées, est généralement retenue celle qui consista à mettre en avant le devoir incombant à l'État de maintenir l'indépendance du pays. Cette ligne de raisonnement fut développée par le Procureur général Hayoit de Termicourt dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 1940. S'exprimant à propos de la Constitutionnalité de lois déléguant des « pouvoirs extraordinaires » au Roi, un avis du Conseil d'état de 1952 énonce quant à lui ce qui suit:

« Ces lois consacrent, en effet, une suspension partielle de la Constitution, prohibée en termes exprès par l'article 130 de notre loi fondamentale (...). Ces lois ne peuvent néanmoins être taxées d'inconstitutionnalité parce qu'elles ont trouvé leur fondement dans la nécessité de sauvegarder, dans des circonstances anormales, l'existence de la Nation, même au prix de dispositions exceptionnelles et dérogoires au droit commun. Elles constituent des exemples de ce que l'on a coutume de qualifier 'lois extraconstitutionnelles'. L'état de nécessité n'est pas une création de la volonté de l'État; l'autorité compétente ne peut qu'en constater l'existence et décider, dans le concret, des mesures propres à y faire face »².

² C.E., avis donné le 9 juin 1952 sur un avant-projet de loi portant reconnaissance au Roi de pouvoirs extraordinaires en temps de guerre *Doc Parl Chambre*, 1952-53, n°. 172, 11-14.

La ligne de raisonnement ainsi tracée n'a jamais fait l'unanimité.

Même si la préservation de l'indépendance de la Belgique est considérée comme un argument valable, elle ne peut pas être utilisée pour permettre la suspension des garanties constitutionnelles dans n'importe quelle situation de crise. Une crise épidémique, aussi grave soit-elle, ne menace pas l'indépendance de l'État. Il est donc généralement admis que les dispositions constitutionnelles qui protègent les droits fondamentaux et régissent l'exercice des pouvoirs doivent impérativement être respectées en toutes circonstances, sauf en cas de guerre ou si un cas de force majeure rend ce respect impossible. La Constitution belge est ainsi plus protectrice des droits fondamentaux que la Convention européenne des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Charte sociale européenne, qui autorisent des dérogations aux droits fondamentaux, non seulement en cas de guerre, mais aussi en cas "d'autres dangers publics menaçant la vie de la Nation", tels qu'une pandémie.

Que retient-donc ? La distance entre le droit constitutionnel des textes et la CEDH, dans le traitement des états d'exceptions, serait énorme si l'on s'en tenait aux seuls textes. Si l'on appliquait aujourd'hui l'article 187 de manière rigide et textuelle, l'introduction d'une clause d'exception serait un « recul » important (je laisse de côté la question de savoir si un état incapable de protéger les droits et libertés – la vie, la santé, ... - face à la crise parce qu'il refuse de limiter d'autres droits et libertés ne se met pas en porte-à-faux vis-à-vis des droits fondamentaux). Mais l'on voit que l'article 187 n'a jamais été appliqué de manière rigide et textuelle. En cas de force majeure ou de menace pour l'indépendance, la constitution sera aussi « roseau » que la CEDH. Pour d'autres crises, par contre, telles la pandémie, la suspension demeurera interdite. Les limitations des droits fondamentaux décidées pour lutter contre ce genre de crise, ainsi que compétence des autorités (majoritairement fédérales) devront donc être appréciées à la lumière du droit constitutionnel "commun". Toute la question est cependant de savoir si, le surcroît de protection constitutionnelle qui subsisterait sur ce terrain n'est pas plus théorique que pratique. Le droit constitutionnel commun n'est-il pas en lui-même suffisamment flexible pour faire face à toutes les urgences, et permettre de faire de facto exactement ce qu'un régime d'exception permet de faire. En d'autres termes, le régime d'exception est-il vraiment utile, d'un point de vue strictement pragmatique ? J'aborde ici ma troisième réfutation.

III. A-t-on réellement besoin d'un régime d'exception ?

Dans une publication récente, Marc Uyttendaele et Juliette Van Vyve concluaient que « rien ne justifie en droit belge une constitutionnalisation de l'état d'urgence ».

Ils fondaient entre autres cette conclusion sur la contemplation de ce que permet d'ores et déjà, de constitutione lata, la technique des pouvoirs spéciaux et l'interprétation très dynamique de l'article 105 de la Constitution.

Le même raisonnement pourrait somme toute être tenu pour ce qui concerne la répartition des compétences. Nous l'avons dit : ni la Constitution, ni les lois spéciales n'ont prévu l'hypothèse de l'urgence ou de la crise, et prévu en conséquence une redistribution des compétences temporaire pour y faire face. So what ? La Belgique s'est débrouillée face à la pandémie. Le principe d'exclusivité des compétences a fait preuve de souplesse ; le principe de l'indisponibilité des compétence également, et le Conseil d'état a tout reconstruit dans un joli puzzle, notamment dans un avis en Assemblée générale du 7 avril 2021.

Qu'en est-il alors en matière de droits et libertés ? Le droit commun, qui autorise des « restrictions » sous condition de proportionnalité, ne permet-il pas de rencontrer les crises sans que l'on ne doive mobiliser de manière supplémentaire l'artillerie lourde, c'est-à-dire, l'idée d'une « suspension », d'une dérogation aux droits et libertés ? La question fut particulièrement débattue lors de la crise COVID 19. Pour la Belgique, il n'y avait pas de choix : la dérogation n'était constitutionnellement pas possible, et il fallait donc exclusivement tabler sur les ressources du « droit commun ». Par contre, en France, l'option était ouverte et, au demeurant, elle divisa profondément les auteurs. Certains étaient d'avis que, vu l'ampleur des mesures à prendre, la dérogation était nécessaire ; d'autres, au contraire, estimaient que les restrictions de droit commun étaient suffisantes. La division caractérisa aussi les pratiques des états européens. Au printemps 2020, dix des quarante-sept états parties à la Convention européenne des droits de l'Homme (la Russie était encore partie) avaient notifié au Secrétaire général du Conseil de l'Europe une dérogation en application de l'article 15 de cette Convention: l'Albanie, l'Arménie, l'Estonie, la Géorgie, la Lettonie, la Macédoine du Nord, la Moldova, la Roumanie, Saint-Marin, et la Serbie. Et quid des trente-sept autres ? Ils n'ont pour leur part pas notifié de dérogation, ni à l'origine, ni par la suite. Pourtant, ils ont souvent – par exemple s'agissant des limitations aux rassemblements – adopté des mesures rigoureusement identiques à celles des états « dérogeants ». Cela pose question. Faut-il déduire que les états « dérogeants » ont été inutilement prudents, en ce sens qu'ils pensent « suspendre » les droits fondamentaux, au sens de l'article 15, alors qu'ils ne font en réalité que les « restreindre », conformément à ce que permet le droit commun des §§ 2 des articles 8 à 11 et 2 du quatrième protocole additionnel à la Convention ? Ou faut-il conclure, tout à l'inverse, que ce sont les États « non-dérogeants » (comme la France, le Royaume-Uni, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne) qui ont été indûment téméraires, dès lors qu'ils pensent ne « restreindre » les droits fondamentaux conformément au droit commun, alors qu'en réalité il les

« suspendent » bel et bien *de facto*, ce qu'ils ne pourraient faire que moyennant une activation de l'article 15 en bonne et due forme (dérogation *de jure*) ? Ou bien faut-il constater que tout le monde a raison, parce que, fondamentalement, il n'y aurait pas d'autres différences que purement rhétoriques et symboliques entre la « suspension » et la « restriction » aux droits fondamentaux : les mêmes mesures de confinement – par exemple les interdictions de cérémonies religieuses – pourraient parfaitement survivre au contrôle de conventionnalité, soit sur le fondement d'un article 15 invoqué en bonne et due forme, soit sur le fondement de l'article 11 § 2 ?

La dernière option est elle-même problématique. La Convention est censée être un tout cohérent, et les auteurs de celle-ci sont censés ne rien faire d'inutile. La dérogation et l'article 15 doivent donc être présumés permettre de faire « quelque chose de plus » que les simples restrictions. C'est logique. Mais c'est quoi, ce « quelque chose de plus » ? Classiquement, on dit que la suspension permet de porter atteinte à la « substance », au « noyau dur » d'un droit fondamental, alors que la simple restriction ne le permet pas. OK. Mais c'est quoi la « substance » d'un droit fondamental ? Le débat est infini.

L'enjeu n'est pas un cas d'école. Une affaire portée devant la Cour européenne des droits de l'Homme permet de l'apercevoir. Dans l'affaire *CGAS c. Suisse*, était en débat la compatibilité, avec l'article 11, de l'Interdiction générale des réunions publiques, pendant deux mois et demi au début de la pandémie de Covid-19, assortie de sanctions pénales et sans contrôle juridictionnel de proportionnalité. La Cour européenne, dans son arrêt du 15 mars 2022, estime, pour une série de motifs, que la mesure litigieuse ne remplit pas les conditions du « droit commun » des restrictions. Elle ajoute : « Enfin, la Cour estime important de rappeler que la Suisse n'a pas, face à la crise sanitaire mondiale, fait usage de l'article 15 de la Convention permettant à un État partie de prendre certaines mesures dérogeant aux obligations prévues par la Convention en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation. Elle était, dès lors, tenue de respecter la Convention en vertu de son article premier et, s'agissant du cas d'espèce, de se conformer pleinement aux exigences de l'article 11, tenant compte de la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue ». Ce dernier considérant a une portée mystérieuse. Cela signifie-t-il que des mesures comme celles-là iraient au-delà de ce que permet le droit commun des restrictions, et ne pourraient être conformes à la Convention que moyennant la mobilisation de l'article 15 en bonne et due forme ? Dans l'affirmative, cette jurisprudence aurait un impact considérable pour la Belgique, qui, précisément, ne peut pas déroger aux droits et libertés hors des menaces d'atteinte à l'indépendance. Le régime d'urgence, dans un pareil schéma, révélerait toute son utilité. L'interprétation de l'arrêt *CGAS*, sur ce point, n'est cependant pas totalement univoque. Il aurait été bienvenu qu'elle soit clarifiée, ou démentie, par la Grande

Chambre, qui avait été saisie d'un renvoi. Hélas, dans son arrêt du 27 novembre 2023, la Grande Chambre a estimé que la requête de CGAS était irrecevable pour défaut d'épuisement des voies de recours internes. L'arrêt de Chambre n'est donc ni confirmé, ni infirmé sur le fond, et les ambiguïtés qu'il contient demeurent donc entières.

Que conclure ?

- La problématique des états d'exceptions n'est pas caduque ;
- Le droit constitutionnel belge, en marge du texte dépassé de l'article 187, fait déjà, en *stoemelings*, et sur base d'une jurisprudence fragile, voire discutable, beaucoup de concessions à la crise
- La question de savoir si le droit commun des restrictions aux droits fondamentaux est aussi performant que le droit de l'urgence et les dérogations pour faire face à la crise, est incertaine.

Toutes ces raisons nous conduisent à plaider pour que le droit de l'état d'urgence soit explicitement envisagé, et balisé, par les textes constitutionnels, plutôt que de demeurer refoulé de ceux-ci dans un geste assez hypocrite. A notre estime, et suivant en cela la position de la Commission de Venise, si un état retient l'idée d'un droit d'exception – et c'est bien le cas de la Belgique –, il importe qu'il le fasse par des dispositions constitutionnelles expresses. Cette reconnaissance explicite n'est pas à percevoir comme la rupture d'une digue, mais au contraire comme l'opportunité d'en fixer de nouvelles en réglant expressément :

- L'identification des circonstances de crise, dans les limites de ce qu'autorise le droit international ;
- L'identification de l'autorité compétente pour procéder, concrètement, à l'activation
- la liste de droits auxquels il ne pourrait jamais être dérogé, dans les limites de ce qu'autorise le droit international ;
- l'identification, par catégorie générale, des mesures qui peuvent être prises (avec délégation au législateur pour préciser la liste)
- les garanties procédurales applicables (contrôle *ex ante* et *ex post*)

Voilà qui transformerait explicitement le droit constitutionnel belge en roseau, qui plie, mais ne rompt pas.